

La Revue
des Droits
de l'Homme

La Revue des droits de l'homme

Revue du Centre de recherches et d'études sur les
droits fondamentaux

Actualités Droits-Libertés | 2015

La Grande Chambre en quête d'un nouveau *modus operandi* ?

Liberté d'expression et histoire (Art. 10 CEDH)

Christos L. Giannopoulos



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1727>

DOI : 10.4000/revdh.1727

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Christos L. Giannopoulos, « La Grande Chambre en quête d'un nouveau *modus operandi* ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 25 novembre 2015, consulté le 20 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1727> ; DOI : 10.4000/revdh.1727

Ce document a été généré automatiquement le 20 avril 2019.

Tous droits réservés

La Grande Chambre en quête d'un nouveau *modus operandi* ?

Liberté d'expression et histoire (Art. 10 CEDH)

Christos L. Giannopoulos

- 1 L'arrêt *Perinçek c. Suisse* rendu le 17 décembre 2013 et constatant par cinq voix contre deux la violation de l'article 10 de la Convention a été renvoyé devant la Grande Chambre sur demande du gouvernement suisse (article 43 de la Convention). La Cour a alors été amenée à se prononcer une nouvelle fois, non seulement sur la liberté des parlements nationaux d'organiser le souvenir d'un événement historique afin d'accorder aux victimes et à leurs descendants « *la compassion publique de la Nation* »¹, mais aussi sur le type d'idées qui peuvent être acceptées dans une société démocratique et pluraliste.
- 2 En formation solennelle, tout en tenant pour acquis l'arrêt de la Deuxième Section², et sans briser avec une jurisprudence bien établie, l'instance strasbourgeoise réopère une mise en balance des différents intérêts en cause, à savoir la liberté d'expression – composante inhérente aux démocraties contemporaines – et le respect des « droits d'autrui », c'est-à-dire les droits des Arméniens au respect de leur dignité et de leur identité bâtie autour de l'idée que leur communauté a été victime d'un génocide.
- 3 M. Perinçek, président du Parti des travailleurs de Turquie, a participé à trois événements publics en Suisse où il a refusé de manière récurrente le génocide d'Arméniens. Précisément, dans une première conférence de presse tenue le 7 mai 2005 à Lausanne, il a qualifié les événements ayant eu lieu en 1915 et dans les années suivantes comme un mensonge qui « *a été inventé pour la première fois en 1915 par les impérialistes anglais, français et de la Russie tsariste, qui voulaient partager l'Empire ottoman pendant la Première guerre mondiale.* » (§13). Deux mois plus tard, il est intervenu lors d'une deuxième conférence à Zürich et déclara que « *le problème kurde et le problème arménien n'étaient pas un problème et, d'ailleurs, ils n'ont même pas existé (...).* » Quelques mois plus tard, pendant un rassemblement du Parti des travailleurs de Turquie organisé à Köniz, il a réaffirmé ses convictions personnelles en insistant sur le fait qu'« (...) *il n'y a pas eu de génocide des Arméniens en 1915. Il s'agissait d'une bataille entre peuples et nous avons subi de nombreuses pertes (...).* »

- 4 S'agissant de propos répétitifs qui visaient à nier – ou du moins à minimiser – la gravité des événements survenus en 1915 et dans les années suivantes au sein de l'Empire ottoman, le tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne, saisi par l'association Arménie-Suisse, a condamné le requérant à 90 jours-amende avec sursis et à une amende de 3 000 francs pour discrimination raciale sur la base de l'article 261 bis, alinéa 4 du Code pénal suisse. Tout en reconnaissant qu'il n'incombait pas à l'autorité pénale de « faire l'histoire », le Tribunal de police a conclu que le génocide arménien constituait un fait avéré, selon l'opinion publique aussi bien helvétique que plus générale (§ 22). Pour le prouver, il s'est référé à différents actes parlementaires, à des publications juridiques, aux manuels scolaires ainsi qu'aux déclarations émanant d'autorités politiques fédérales et cantonales. Confirmée en cassation par la Cour de cassation pénale du tribunal cantonal du canton de Vaud par une décision du 13 juin 2007 (§ 24), le requérant n'avait d'autre solution que de saisir le Tribunal fédéral pour obtenir sa révision en vue d'être libéré de toute condamnation au plan tant civil que pénal.
- 5 En 2013, la Deuxième Section de la Cour a pris bien soin de préciser d'emblée qu'« *il ne lui revient pas d'arbitrer des questions historiques qui relèvent d'un débat toujours en cours entre historiens* »³ et qu'elle « *n'est amenée à se prononcer ni sur la matérialité des massacres et déportations subies par le peuple arménien aux mains de l'Empire ottoman à partir de 1915, ni sur l'opportunité de qualifier juridiquement ces faits de 'génocide'* »⁴. La Grande Chambre, tout en entérinant les arguments liés à la véracité de ces événements historiques – et cela, à juste titre – s'est déclarée elle aussi totalement incompétente « *pour prononcer, dans un sens ou dans l'autre, une conclusion juridique sur ce point* » (§ 102) en limitant son contrôle à la nécessité de l'ingérence au droit du requérant à exprimer librement ses opinions (article 10) qui a pris la forme d'une condamnation pénale.
- 6
- 7 En revanche, et malgré cette volonté nette d'autolimitation, la Cour soumet – du moins de manière implicite – à son contrôle la volonté de la Suisse **de rendre hommage aux victimes d'un événement historique avéré sous forme d'une pénalisation du négationnisme (1°)**. Cette situation l'amène – et cela, de manière téléologique – à conforter, affiner et même développer son approche conventionnelle de l'Histoire. En évitant de se pencher sur l'aspect historique de la matérialité et de la véracité du génocide arménien, la Cour met au point, **au moins pour partie, un modus operandi pour les affaires portant sur des événements historiques notoires⁵ (2°)**.

1°/- La pénalisation de la négation des « génocides » comme moyen de rendre hommage aux victimes d'un événement historique avéré

- 8 S'agissant d'un « choix de société », les parlements nationaux sont prioritairement chargés de la tâche de mettre en œuvre toutes les actions nécessaires pour réguler une « *modalité d'interaction entre les individus, essentielle à [leurs] yeux pour l'expression non seulement du pluralisme, mais aussi de la tolérance et de l'esprit d'ouverture, sans lesquels il n'y a pas de société démocratique* »⁶. Signe de la maturation politique d'une société dans le contexte particulier d'une époque donnée, la reconnaissance officielle de l'événement commémoré contribue à la création d'une mémoire collective tout en assurant aux

victimes et à leurs descendants la reconnaissance de leurs souffrances et de leurs douleurs.

- 9 En ce sens, « *une législation exprimant une solidarité avec les victimes de génocide et de crimes contre l'humanité doit être possible partout, même lorsqu'il n'y a aucun lien direct avec les événements ou les victimes, qu'un long laps de temps s'est écoulé et que la législation ne vise pas directement la prévention des conflits.* »⁷. Tel semble être le cas de **l'article 261 bis, alinéa 4, du Code pénal suisse qui concrétise cette volonté du législateur de rendre hommage aux victimes du génocide arménien (A)**, un choix qui a été confirmé par **l'arrêt du Tribunal fédéral suisse du fait qu'il constitue l'expression d'un consensus sociétal (B)**.

A - L'article 261 bis, alinéa 4, du Code pénal et l'évolution du droit international

- 10 Sujet cible de l'Union démocratique du centre et objet d'un groupe de travail au sein de l'office fédéral de la justice (OFJ) qui a proposé en 2007 soit la suppression du délit de négationnisme, soit la concrétisation dans la loi de la notion de génocide, l'article 261 bis a été pour longtemps sujet à des remises en cause ne débouchant sur rien de concret. Adopté le 18 juin 1993 par les deux chambres de l'Assemblée fédérale à 114 voix contre 13 au sein du Conseil national, et à l'unanimité au sein du Conseil des États, l'article 261 bis, alinéa 4 du Code pénal suisse prévoit que sera puni d'une peine privative de liberté ou d'une peine pécuniaire, « *celui qui aura publiquement, par la parole, l'écriture, l'image, le geste, par des voies de fait ou de toute autre manière, abaissé ou discriminé d'une façon qui porte atteinte à la dignité humaine une personne ou un groupe de personnes en raison de leur race, de leur appartenance ethnique ou de leur religion ou qui, pour la même raison, niera, minimisera grossièrement ou cherchera à justifier un génocide ou d'autres crimes contre l'humanité* » (§ 32).
- 11 Utilisée en manière de slogan politique lors de l'adhésion imminente de la Suisse à la Convention internationale de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (« la CEDR ») qui prévoit dans son article 4 que « *les États "(...) s'engagent à adopter immédiatement des mesures positives destinées à éliminer toute incitation à une telle discrimination, ou tous actes de discrimination (...)" et "a) à déclarer délits punissables par la loi toute diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale, toute incitation à la discrimination raciale, ainsi que tous actes de violence, ou provocation à de tels actes, dirigés contre toute race ou tout groupe de personnes d'une autre couleur ou d'une autre origine ethnique, de même que toute assistance apportée à des activités racistes, y compris leur financement (...)"* » (§ 62), la disposition en cause, intitulée « Discrimination raciale », était le produit d'un compromis entre, d'une part, la répression pénale de la propagande raciste et des idéologies diffamant ou discréditant certaines pans de la population et, d'autre part, les droits constitutionnels à la liberté d'opinion et d'association (§ 34).
- 12
- 13 Ayant alors pour objet principal de lutter contre la xénophobie, le racisme, l'intolérance et l'antisémitisme en général (§ 37), cette disposition ayant un champ d'application matériel *a priori* non identifiable, n'énumère pas les faits historiques qui pourraient être qualifiés de « génocide » ou de « crime contre l'humanité ». Précisément, le « silence délibéré » du législateur repose principalement sur l'idée que la norme pénale vise à protéger un « bien juridique », ou, si l'on préfère, un « intérêt » avéré, au sens où le

comportement visé par cette norme constitue forcément une atteinte à un autre droit ou à un intérêt protégé par l'ordre juridique⁸. Dès lors, la pénalisation des actes énumérés à l'article 261 bis, alinéa 4, résultait donc non seulement de la nécessité de sauvegarder la dignité humaine des personnes qui pourraient se trouver « blessées » par les actes qui sont énumérés par la disposition (§ 64), mais aussi de la volonté de protéger la « paix publique » (§65).

- 14 Ayant pour objectif de trouver le juste équilibre entre la liberté d'expression et les droits qui doivent être impérativement protégés par le droit positif, le législateur suisse, en optant pour cette formulation ouverte de la loi, semble éviter de s'ériger en historien puisqu'il n'a pas borné la portée de l'article 261 bis, alinéa 4, à un tel épisode historique donné, voire à une certaine série d'événements qui pourraient obtenir le qualificatif de génocide. Le choix du législateur suisse de pénaliser la négation de tout génocide n'avait pas pour but de constater un fait historique mais de protéger le savoir historique et une réalité historique. En outre, De plus, il a laissé une marge d'appréciation considérable aux juridictions nationales pour opérer la balance entre les droits en cause, et tout cela selon les circonstances de l'espèce. Il importe de souligner sur ce point que pour le gouvernement défendeur, l'article en cause « *ne se borne pas à criminaliser la simple négation, minimisation ou justification d'un génocide ou de crimes contre l'humanité : il exige aussi que les faits portent atteinte à la dignité humaine de personnes à raison de leur race, de leur appartenance éthique ou de leur religion.* » (§ 169).
- 15 Ce geste décisif à caractère répressif qui fait la preuve de l'engagement de la Suisse en faveur des droits de l'homme, du respect des minorités et de la justice pénale internationale fut scellé par l'adoption par le Conseil national, le 16 décembre 2003, du postulat n° 02.3069 par lequel il a reconnu expressément le génocide des Arméniens de 1915, en demandant en même temps au Conseil fédéral d'en prendre acte et de transmettre sa position par les voies diplomatiques usuelles (§§ 48-50).
- 16
- 17 Soulignons également que cette disposition de portée générale qui met l'accent prioritairement sur la répression du comportement de la personne concernée, ne fait pas figure d'exception dans la pratique des États européens. D'autres États comme la Hongrie, la Lettonie, le Liechtenstein et la Slovénie ont entrepris une démarche similaire en pénalisant la négation de tout génocide par le biais d'une disposition de portée générale (§ 99). Cette situation les distingue formellement des autres États européens, comme la France, qui utilisent la technique des lois dites « mémorielles » pour reconnaître l'existence d'un événement passé en se bornant à en affirmer la « Réalité historique » sans créer de norme juridique, c'est-à-dire sans prévoir un mécanisme de sanction, d'indemnisation ou de délivrance d'un titre quelconque⁹.
- 18 Ce choix du législateur suisse de reconnaître par la voie normative les intérêts des parties minoritaires vulnérables de la société suisse n'a pas non plus été séparé de la réalité internationale et européenne. Plusieurs textes internationaux attestent d'une tendance nette à réprimer certains types d'actes qui semblent nier ou réviser certains événements historiques avérés. Il s'agit, en premier lieu, de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 9 décembre 1948 et signé par la Suisse le 7 septembre 2000 (§ 52), de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (« la CEDR »), adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 21 décembre 1965

(§ 62) et des articles 19 et 20 du pacte international relatif aux droits civils et politiques (§§ 67-73).

- 19 À l'échelle du Conseil de l'Europe, cette tendance se concrétise par le Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité (voir aussi la Recommandation n° 97 / 20 du Comité des Ministres sur le « discours de haine »). Ayant pour objet principal d'incriminer la propagande raciste et xénophobe commise par le biais des systèmes informatiques, ce Protocole, signé mais non encore ratifié par la Suisse, prévoit dans son article 6, alinéa 1, que « *chaque Partie adopte les mesures législatives qui se révèlent nécessaires pour ériger en infractions pénales, dans son droit interne, lorsqu'ils sont commis intentionnellement et sans droit, les comportements [tels que] la diffusion ou les autres formes de mise à disposition du public, par le biais d'un système informatique, de matériel qui nie, minimise de manière générale, approuve ou justifie des actes constitutifs de génocide ou de crimes contre l'humanité (...).* » (§ 75).
- 20 Au sein, enfin, du droit de l'Union européenne, la décision-cadre 2008 / 913 / JAI sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie, intitulée « *Infractions relevant du racisme et de la xénophobie* », renforce la coopération entre les États de l'Union contre des actes qui constituent une menace pour l'État de droit et la stabilité démocratique et dispose dans son article premier que « *chaque État membre prend les mesures nécessaires pour faire en sorte que les actes intentionnels [relevant de la négation ou de la banalisation grossière publique des crimes de génocide, etc.] soient punissables (...).* » (§ 85).

B - La décision du Tribunal fédéral suisse et l'existence d'un *consensus sociétal*

- 21
- 22 Saisi par M. Perinçek, qui reprochait aux juridictions cantonales de ne pas avoir procédé à une instruction suffisante quant à la matérialité des circonstances de fait permettant de qualifier de génocide les événements survenus en 1915 et durant les années suivantes (§ 25), le Tribunal fédéral suisse est appelé à examiner non seulement la portée de l'article 261 bis, alinéa 4, du Code pénal, mais aussi la motivation des juridictions cantonales.
- 23 L'analyse de la décision du Tribunal fédéral suisse présente un intérêt particulier car c'est sur la base de sa défaillance méthodologique que la Cour circonscrit la marge d'appréciation dont disposait la Suisse en l'espèce (§ 274).
- 24 Premièrement, le Tribunal fédéral constate que la formulation de la loi (par l'utilisation du terme générique « génocide »), ne fait expressément référence à aucun événement historique précis. Pour le juge suisse, même si « *la volonté de combattre les opinions négationnistes et révisionnistes en relation avec l'holocauste a certes constitué un élément central dans l'élaboration de l'article 261 bis, alinéa 4 du Code pénal* » (3.4.1.), le libellé de « *la loi n'exclut donc [a priori] pas la répression de la négation d'autres génocides que celui commis par le régime nazi ; elle ne qualifie pas non plus expressément la négation du génocide arménien au plan pénal comme acte de discrimination raciale* » (§ 3.1 de la décision du TFS).
- 25 Selon le juge suisse, on ne saurait pallier la difficulté à cerner la nature des événements pouvant revêtir le caractère d'acte génocidaire par une référence à la volonté du législateur. À l'entendre, « *la démarche consistant à rechercher quels génocides le législateur avait en vue lors de l'édiction de la norme se heurte par ailleurs déjà à l'interprétation littérale, qui démontre clairement la volonté du législateur de privilégier sur ce point une formulation ouverte*

de la loi, par opposition à la technique des lois dites “*mémorielles*” adoptées notamment en France » (3.4.2.).

- 26 Le silence du législateur, ou, si l'on préfère, son « abstention délibérée » est remplacé par une autre méthode – utilisée également par les juridictions qui ont examiné l'affaire sur le fond – consistant à identifier l'existence d'un *consensus* sur le caractère notoire, incontestable et indiscutable de cet événement historique. La question porte alors « *moins directement sur la qualification comme génocide des massacres et déportations imputés à l'Empire ottoman que sur l'appréciation portée généralement sur cette qualification, dans le public et au sein de la communauté des historiens* » (§ 4). En d'autres termes, le Tribunal fédéral suisse cherche à savoir si le génocide arménien est « *connu et reconnu* », voire « *avéré* » sur la base de reconnaissances politiques, des travaux doctrinaux et, plus généralement, sur l'existence d'un *consensus* « *qualifié* » au plan sociétal.
- 27 En ce qui concerne les intentions de M. Perinçek, le juge fédéral constate que l'article 261 bis, alinéa 4, du Code pénal implique l'existence d'un comportement intentionnel, dicté par des mobiles de discrimination raciale. Tout en reconnaissant qu'il est lié sur ce point par la décision du juge de fond, le Tribunal fédéral suisse constate que le politicien turc agissait en toute connaissance de cause, que ses propos « *s'apparentaient à des mobiles racistes et nationalistes et ne relevaient pas du débat historique.* » (5.2.). Dans la mesure où il décrivait les Arméniens comme étant les agresseurs du peuple turc et qu'il se réclamait lui-même de Talak Pacha, qui fut historiquement l'initiateur, l'instigateur et le moteur du génocide des Arméniens avec ses deux frères, son comportement, dicté par des mobiles de discrimination raciale, suffisait à « *activer* » l'application de la norme pénale. Précisément, pour le juge suisse, « *la négation du génocide arménien – respectivement la représentation prônée par le requérant du peuple arménien comme agresseur – constitue déjà une atteinte à l'identité des membres de cette communauté.* » (5.2.).
- 28 Agissant alors en toute conscience, du fait qu'il connaissait l'existence d'une disposition sanctionnant la négation d'un génocide, M. Perinçek a tenté essentiellement, *par une démarche de provocation, d'obtenir des autorités judiciaires suisses une confirmation de ses thèses, au détriment des membres de la communauté arménienne, pour lesquels cette question joue un rôle identitaire central.* » (§ 6). Pour le Tribunal suisse, « *la justification [même] de tels crimes, fût-ce au nom du droit de la guerre ou de prétendues raisons sécuritaires, tombe déjà sous le coup de l'article 261 bis, alinéa 4 du Code pénal, si bien que même considérée sous cet angle et indépendamment de la qualification de ces mêmes faits comme génocide, la condamnation du recourant en application de l'art. 261^{bis} al. 4 CP n'apparaît pas arbitraire dans son résultat, pas plus qu'elle ne viole le droit fédéral.* » (7).

2°/- La mise au point d'un *modus operandi* pour les affaires portant sur des événements historiques notoires

29

- 30 Ce n'est pas la première fois que la Cour est amenée à prendre position sur des événements historiques notoires et a opéré la balance entre la liberté d'expression et les intérêts d'autrui¹⁰. De même, il n'est guère surprenant de voir l'intervention de la Cour pour estimer la compatibilité conventionnelle des « choix de la société », exprimée par la

volonté du législateur de façonner la mémoire collective en exprimant sa solidarité envers les victimes d'un génocide sous forme de la création d'une Vérité officielle.

- 31 S'agissant des droits, qui appellent, en principe, un égal respect, la Grande Chambre, tout en précisant qu'elle « *n'a pas à dire si la criminalisation de la négation de génocides ou d'autres faits historiques peut en principe se justifier* » (§ 226), se penche sur la balance des droits en cause. Particulièrement, en premier lieu, elle **abandonne l'analyse autonome de l'article 17 au profit d'un contrôle renforcé de l'article 10 (A)**, pour faire, ensuite, **la mise en balance de la liberté d'expression et des intérêts d'autrui sur la base des exigences de la société démocratique (B)**.

A - L'abandon de l'analyse autonome de l'article 17 au profit du contrôle renforcé de l'article 10

- 32 Corollaire d'une stratégie jurisprudentielle qui « *ne se ferme aucune porte* »¹¹ et caractérisée par une « géométrie variable » rétive à toute véritable théorisation¹², l'article 17 de la Convention prévoit qu'« *aucune des dispositions de la [...] Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la [...] Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à [la] Convention.* »¹³.
- 33 Introduit dans la Convention pour « (...) *exclure qu'une personne ou un groupe de personnes invoquent les droits consacrés par la Convention ou par ses Protocoles pour en tirer le droit de se livrer à des activités visant effectivement à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la Convention ; or pareille destruction mettrait fin à la démocratie* »¹⁴, l'article 17 de la Convention interdit toutes « limitations plus amples » que celles découlant de la jurisprudence de la Cour dans un domaine précis.
- 34
- 35 Dotée de la compétence de veiller à ce que les requêtes « abusives » au titre d'une prétendue violation de la liberté d'expression, notamment dans les affaires qui concernent l'incitation à la haine, le négationnisme et le relativisme, la Cour applique habituellement l'article 17 comme un moyen d'empêcher les requérants de tirer de la Convention un droit qui leur permettrait de se livrer à une activité visant à détruire les droits et les libertés reconnus dans la Convention¹⁵.
- 36 En l'espèce, la Grande Chambre, suit un chemin totalement distinct de ce qui a été suivi par la seconde section qui avait recherché d'office « *s'il conv[enait] d'exclure les propos du requérant du champ d'application de l'article 10 en vertu de l'article 17 de la Convention, alors même que le gouvernement défendeur n'en a pas fait la demande.* » (§ 49)¹⁶. Particulièrement, la Deuxième Section, tout en accordant à l'article 17 un poids particulier, avait précisé que « *la limite tolérable pour que des propos puissent tomber sous l'article 17 réside dans la question de savoir si un discours a pour but d'inciter à la haine ou à la violence* »¹⁷ pour conclure qu'en l'espèce il n'y a pas eu de détournement quant aux allégations sur la violation de l'article 10.
- 37 La Grande Chambre semble percevoir l'article 17 comme un prélude à une analyse détaillée sur la base de l'article 10 de la Convention. Tout en reconnaissant son application à titre exceptionnel et dans des hypothèses extrêmes du fait qu'il « *a pour effet de faire échec à l'exercice d'un droit conventionnel que le requérant cherche à faire valoir en*

saisissant la Cour » (§ 115), la Cour fait le choix d'inféoder la lecture de l'article 17 à l'article 10. De la sorte, son usage est subordonné à l'application de l'article 10 de la Convention, de telle sorte qu'il devient inéluctablement un élément accessoire à l'analyse de l'article 10 de la Convention.

- 38 Convaincue alors de la nécessité de réaffirmer l'importance de la liberté d'expression dans le cadre du débat public sur des événements historiques notoires, la Grande Chambre opte pour une analyse combinée des articles 17 et 10 de la Convention, un choix méthodologique tout à fait justifié à bien des égards¹⁸.
- 39 Premièrement, cette approche permet à la Cour de se pencher directement sur une analyse sur la nécessité de l'atteinte portée à la liberté d'expression conformément aux besoins et aux nécessités de la société contemporaine. Deuxièmement, cette démarche lui permet de réitérer sa position quant à la supériorité quasi inconditionnelle de la liberté d'expression qui constitue « *l'un des fondements essentiels [d'une] société [démocratique], l'une des conditions primordiales d[u] progrès [de la société démocratique] et de l'épanouissement de chacun* »¹⁹.
- 40 Cette position se situe dans le sillage jurisprudentiel particulièrement réussi qui concerne notamment les affaires niant les événements survenus sous le régime nazi²⁰.

B – La mise en balance de la liberté d'expression et des droits d'autrui au regard des exigences de la société démocratique

- 41 Revenons sur l'arrêt de la Deuxième Section du 17 décembre 2013. En l'espèce, la Chambre avait considéré que la situation du requérant et le contexte de l'affaire étaient « *de nature à la fois historique, juridique et politique* » et que son discours s'inscrivait dans un débat d'intérêt public. S'appuyant sur la marge d'appréciation « limitée » des autorités nationales à l'égard de ce type de situations, la Chambre avait estimé que le recours des tribunaux suisses à la notion de « *consensus général* » au sujet de la qualification juridique des événements survenus en 1915 et aux années suivantes et l'absence d'un *consensus* à l'échelle européenne n'étaient pas suffisants pour justifier la peine infligée au requérant.
- 42 Amenée à examiner à nouveau la compatibilité de la peine infligée au requérant, la Grande Chambre aboutit au même constat que la Chambre, mais en suivant un chemin méthodologique assez différent.
- 43 Pour l'instance strasbourgeoise, l'article 261 bis, alinéa 4, du Code pénal suisse était en principe suffisamment prévisible dans son application par les instances juridictionnelles suisses (§ 137) ; le requérant agissait en toute connaissance de cause et en pleine conscience du fait que ses propos risquaient d'engager sa responsabilité au plan pénal. S'agissant alors des sanctions « raisonnablement » prévisibles (§ 134) dans la mesure où l'application de la norme pénale par les tribunaux suisses paraît aux yeux de la Cour assez « stable », même en l'absence d'un nombre élevé de précédents juridictionnels en la matière et malgré l'adoption – assez tardive – du postulat portant reconnaissance du caractère de génocide des événements survenus en 1915 (§ 138), le requérant disposait de tous les indices nécessaires pour anticiper sa poursuite juridictionnelle.
- 44 En ce qui concerne le but poursuivi par la disposition litigieuse, la Cour répond aux arguments du gouvernement suisse qui soulève parallèlement deux éléments, à savoir tantôt le besoin crucial de « *protéger les droits d'autrui, c'est-à-dire ceux des victimes des*

événements survenus en 1915 et les années suivantes ainsi que de leurs descendants », et tantôt « la protection [et le maintien] de l'ordre public » (§ 146).

- 45 En ce qui concerne l'argument lié au maintien de l'ordre public, le gouvernement suisse propose une lecture extensive de la notion de « défense de l'ordre » prévue dans le second paragraphe de l'article 10 de la Convention. Face à la différence de formulation adoptée par la version anglaise (« *prevention of disorder* ») et la version française (« *défense de l'ordre* »), la Cour – en prenant une distance claire face à la vision du gouvernement défendeur – opte pour une lecture restrictive de la formule utilisée au second paragraphe de l'article 10 comme étant le seul moyen susceptible de tenir suffisamment compte des différents intérêts en cause (§ 151). Sur le fond, l'allégation de la prétendue protection de l'ordre public sous forme d'un gage de paix publique paraît peu convaincante aux yeux de la Cour. D'ailleurs, du fait que le requérant a été poursuivi devant les tribunaux nationaux sur demande de l'association Suisse-Arménie, la Cour ne voit pas en quoi les autorités suisses ont agi d'office pour protéger les intérêts de la diaspora arménienne.
- 46 Si la protection de l'ordre public ne peut pas constituer un but légitimant l'ingérence dans le droit du requérant à la liberté d'expression, la protection des « droits d'autrui » constitue un but légitime dont il faut tenir compte. Sensible non seulement à la « *la dignité des victimes et des rescapés des événements survenus en 1915 et les années suivantes* », mais aussi à « *la dignité, y compris l'identité, de leurs descendants, [à savoir] les Arméniens d'aujourd'hui* » (§ 155), la Cour reconnaît que les circonstances particulières dans lesquelles les discours du requérant ont été prononcés pourraient porter atteinte à la dignité de cette partie de la population, du fait que « *bon nombre des descendants des victimes et des rescapés des événements survenus en 1915 et les années suivantes – surtout ceux appartenant à la diaspora arménienne – bâtissent cette identité autour de l'idée que leur communauté a été victime d'un génocide.* » (§ 156).
- 47 Précisément, la Cour reconnaît que même si dans leur globalité ses propos visaient à dénoncer les impérialistes anglais, français et la Russie tsariste, le requérant a traité les Arméniens qui avaient participé à ces événements d'« instruments » manipulés par les puissances impérialistes, tout en leur reprochant, notamment dans ses déclarations à Köniz, de s'être livrés à des massacres de Turcs et de musulmans (§ 156).
- 48 Poursuivant donc un but légitime visant à protéger les intérêts de la diaspora arménienne, la Grande Chambre examine la nécessité de cette ingérence dans une société démocratique après avoir méticuleusement examiné les arguments des parties en litige (§§ 159-172) et ceux des tiers intervenants (§§ 173-195). En ce sens, sans se substituer aux juridictions internes compétentes, la Cour se réserve toujours un droit « *à rechercher si l'État défendeur a usé de ce pouvoir de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable* » afin de déterminer si l'ingérence litigieuse était proportionnelle au but poursuivi²¹.
- 49 Soulignons également que la Cour a été auparavant saisie par des requêtes dirigées contre la Turquie concernant les propos relatifs aux événements survenus en 1915 et durant les années suivantes, et que la Cour s'est toujours prononcée en faveur de la liberté d'expression. Citons deux affaires plus précisément. Dans l'arrêt *Dink c. Turquie* sur la défaillance des autorités turques à protéger la liberté d'expression d'un journaliste qui s'était exprimé sur l'identité des citoyens turcs d'origine arménienne, la Cour a estimé que l'interprétation faite de l'article 301 du Code pénal (disposition sur la pénalisation du « dénigrement de la turcité ») par la Cour de cassation des notions de « turcité » (*Türklük*) ou de « nation turque » conduisait à ce que « *toute critique dirigée contre cette politique ou, en*

d'autres termes, contre la thèse officielle à ce sujet pourrait passer pour avoir "dénaturé, dévalorisé ou méprisé" ²².

- 50 Plus récemment, dans l'arrêt Cox, la Cour a condamné la Turquie pour l'expulsion et l'interdiction d'accéder au territoire turc d'une universitaire américaine sur la base de ses déclarations controversées sur des questions kurdes et arméniennes. En rejetant les arguments sur la nécessité de préserver la sécurité nationale, l'intégrité territoriale et l'ordre public, la Cour a souligné que ses opinions faisaient encore l'objet de « *vifs débats, non seulement en Turquie mais aussi dans la sphère internationale, où toutes les parties prenantes expriment leurs avis et avis contraires* » ²³.
- 51 À l'appui de cette jurisprudence somme toute assez stable, la Grande Chambre examine en profondeur le « *poids relatif à attribuer, au vu des circonstances particulières de l'espèce, à chacun de ces deux droits, lesquels appellent en principe un égal respect.* » (§ 228) en trois étapes en suivant le schéma suivant : l'examen de la nature des propos du requérant, l'analyse du contexte particulier dont le requérant a prononcé ses propos en introduisant de manière explicite les facteurs géographique et temporel et l'appréciation de l'existence des circonstances particulières qui pourraient éventuellement justifier l'atteinte à l'article 10 de la Convention.
- 52 Sur la nature des propos du requérant, la Cour, à l'instar des juridictions nationales, examine s'il existait une réelle intention négationniste dans les propos tenus, et notamment si « *les propos du requérant, interprétés comme un tout et dans leur contexte, peuvent s'analyser en un appel à la violence, à la haine ou à l'intolérance* » (§ 240). Tout en recourant à la distinction, bien connue, entre les propos se rapportant à des questions d'intérêt public qui appellent une protection renforcée et ceux défendant ou justifiant la violence, la haine, la xénophobie ou d'autres formes d'intolérance, qui ne sont normalement pas protégées ²⁴, la Cour conclut à leur caractère mixte du fait qu'ils relèvent conjointement d'un intérêt historique, juridique et politique, et qu'ils n'en demeurent pas moins d'intérêt public (§ 230).
- 53 Pour la Cour, le fait que les discours du requérant aient visé les Arméniens en tant que groupe ne permet pas en soi d'en déduire qu'il avait des visées racistes car « *(...) tout propos se rapportant à l'opportunité de qualifier ainsi [comme "génocide"] un fait historique vise forcément un groupe national, éthique, racial ou religieux particulier.* » (§ 238). Contenant fortement un élément d'exagération car l'auteur cherchait principalement à attirer l'attention du public ayant assisté à ces trois événements, les propos du requérant, appréciés dans leur globalité (§ 238), ne sauraient être assimilés à des appels à la haine, à des violences ou à de l'intolérance envers les Arméniens. Il importe de souligner sur ce point que la Cour rejoint la position du Tribunal constitutionnel espagnol qui a jugé que « *la justification d'un génocide ne consiste pas à affirmer qu'un événement particulier ne constitue pas un génocide, mais à formuler des propos exprimant un jugement de valeur sur un génocide en en relativisant la gravité ou en le cautionnant.* » (§§ 97 et suiv., et § 240).
- 54 En outre, une telle provocation à la haine et à l'intolérance ne serait pas assurée par les circonstances de l'espèce, c'est-à-dire sur la prise en compte des facteurs géographique, historique et temporel. Selon la Grande Chambre, les propos du requérant ne pourraient pas générer de graves frictions entre les Turcs et les Arméniens qui vivent actuellement sur le territoire suisse. Ils ne peuvent pas non plus provoquer des hostilités à l'encontre de la minorité arménienne en Turquie. Sa condamnation pénale en Suisse ne pourrait pas non plus être vue comme un gage de protection effective des « *droits de cette minorité ou permis à celle-ci de se sentir davantage en sécurité* » dans le territoire turc (§ 246). Tout en

admettant qu'il « puisse exister des circonstances où, vu la spécificité du contexte, des propos se rapportant à des événements historiques traumatisants sont susceptibles d'attenter gravement à la dignité des groupes concernés par ces événements, par exemple s'ils sont particulièrement virulents et diffusés sous une forme impossible à ignorer » (§ 252), la Cour se contente de signaler leur portée limitée.

- 55 Tout en reconnaissant que la question du génocide arménien constitue toujours une question d'actualité pour de nombreux représentants de cette communauté, en particulier ceux de la diaspora qui ont bâti leur identité autour de ces événements tragiques, le décalage temporel entre les propos du requérant et les événements évoqués constitue pour l'instance strasbourgeoise un élément prépondérant pour faire la balance entre les exigences découlant de l'article 10 et l'identité des victimes – qui, pour la majeure partie d'entre eux, sont morts. À la différence d'un événement relativement récent qui « peut être traumatisant au point de justifier, pendant un certain temps, que l'on contrôle davantage l'expression de propos à ce sujet, autant la nécessité d'une telle mesure diminue forcément au fil du temps » (§ 250). En effet, le grand laps de temps écoulé entre les propos du requérant et les événements visés amène – de manière très peu compréhensible – l'instance strasbourgeoise à faire primer le droit du requérant à la liberté d'expression sur la dignité ou l'identité de la diaspora arménienne.
- 56 Cette prise de position est pour le moins ambiguë, dans la mesure où l'élément temporel ne doit pas constituer le facteur principal pour faire la balance entre les différends en cause, notamment dans les domaines où la législation en cause vise la commémoration et la reconnaissance des difficultés et des souffrances d'un groupe minoritaire particulier, toujours dans le but – au demeurant légitime – de renforcer le sentiment d'appartenance de cette catégorie de personnes à la communauté nationale. Ainsi, il est aisé de dire que l'approche de la Deuxième Section qui avait construit son argumentation sur l'idée d'une différence dans le degré de certitude entre ce qui s'est passé en Turquie en 1915 et les événements survenus en Allemagne sous le régime nazi²⁵ fournit une grille de lecture plus pertinente pour démontrer la position de la Cour vis-à-vis des événements historiques notoires²⁶.
- 57 En ce qui concerne la justification de l'ingérence par l'existence des normes du droit international qui imposent à la Suisse de procéder à une pénalisation des actes négationnistes, la Cour, en s'appuyant sur l'arrêt *Nada c. Suisse* [GC] selon lequel « il faut autant que possible résoudre les éventuelles contradictions apparentes en interprétant les dispositions simultanément applicables de façon à en articuler les effets et à éviter les conflits entre elles » (§ 258), conclut qu'il n'y a pas, en l'état actuel des choses, de règles de droit international conventionnel ou coutumier en vigueur imposant à la Suisse de criminaliser la négation du génocide (§ 266). L'article 4 de la CEDR qui constituait l'argument principal de la défense du gouvernement suisse, n'impose lui non plus, explicitement ou implicitement, nulle obligation à criminaliser la négation d'un génocide (§ 261). Pour la Grande Chambre, la seule disposition internationale qui exige expressément l'érection en infraction pénale de ce type d'actes relève de l'article 6, paragraphe 1^{er}, du Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité qui n'est pas encore ratifié par la Suisse (§ 263) et qui ne pourrait, d'ailleurs, lui non plus être appliqué en l'espèce, du fait qu'il ne s'agissait pas de propos diffusés par le biais la technologie électronique.
- 58 En tenant en compte de tous ces facteurs, la Cour limite dès lors sans équivoque, ou pour mieux dire, nie toute marge d'appréciation aux autorités suisses en réitérant sa conviction que « les Hautes Parties contractantes jouissent d'une marge d'appréciation en la

matière [à savoir la pondération entre les articles 10 et 8 de la Convention] mais seulement si leurs autorités se sont livrées à une mise en balance conforme aux critères énoncés dans la jurisprudence de la Cour et si elles ont bien pesé l'importance et la portée des droits en jeu » (§ 274)²⁷.

- 59 Du fait qu'il ne s'est attaché « qu'à la prévisibilité de la condamnation ainsi qu'à son but, à savoir la protection du droit des Arméniens » (§ 278), le Tribunal fédéral suisse « n'a rien dit de la nécessité de cette mesure dans une société démocratique et n'a consacré aucun développement aux différents éléments s'y rapportant » (§ 278), ce qui a amené la Cour à conclure que le requérant a été condamné seulement « pour avoir exprimé une opinion divergente de celles ayant cours en Suisse ». (§ 280).

*

- 60 Cour EDH, GC, 15 octobre 2015, *Perinçek c. Suisse*, Req. n° 27510/08

*

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact

NOTES

1. voir Pierre Lambert, « Les Parlements et Tribunaux, juges de l'Histoire ? » in *Mélanges en hommage au Pr. Jean-François Flauss, L'homme et le droit*, Pedone, 2014, pp. 511-522.
2. voir N. Hervieu, *Liberté d'expression (Art. 10 CEDH) : Le négationnisme, prisme révélateur du dilemme européen face à la lutte contre l'extrémisme*, Lettre ADL du CREDOF, 13 janvier 2014.
3. Cour EDH, 17.12.2013, *Perinçek c. Suisse*, § 99.
4. Cour EDH, *Perinçek c. Suisse*, § 111.
5. Voir Jean-François Flauss, « L'histoire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2006, n° 65, pp. 5-22.
6. Cour EDH, GC, 1^{er} juillet 2014, *S.A.S c. France*, § 153.
7. Voir l'opinion partiellement concordante et partiellement dissidente de la juge Nussberger.
8. voir sur ce point, M. Lacaze, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, LGDJ, Paris, 2010.
9. voir Marc Frangi, « Les “lois mémorielles” : de l'expression de la volonté générale au législateur historique », *RDP*, 2005, n° 1, pp. 241-267.
10. Voir D. Spealman et P. Titun, L'étendue de la liberté d'expression face à la montée des extrémismes en Europe : quelles sont les réponses de la Cour ? In *Honorem Corneliu Biirsan, Hamangiu*, 2013, pp. 686 – 693.
11. Voir l'opinion dissidente du juge Silvis à la présente affaire, point 7.
12. Voir S. Van Drooghenbroeck, « L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme est-il indispensable ? », *RTDH*, 2001, pp. 541-566.

13. § 42 ; v. Cour EDH, G.C. 6 janvier 2011, *Paksas c. Lituanie*, Req. n° 34932 / 04 – ADL du 7 janvier 2011.
14. Cour EDH, 16 mars 2006, *Ždanoka c. Lettonie*, § 99.
15. Voir, entre autres, Commission européenne, *Glimmerveen et Hagenbeek c. Pays-Bas*, n° 8348 / 78 et 8406 / 78, Cour EDH, *Norwood c. Royaume-Uni* (déc.), req. n° 23131 / 03, *Garaudy c. France* (déc.), req. n° 65831 / 01, Cour EDH (déc), 10 novembre 2015, *M'Bala M'Bala c. France*.
16. Voir N. Hervieu, *Liberté d'expression (Art. 10 CEDH) : Le négationnisme, prisme révélateur du dilemme européen face à la lutte contre l'extrémisme*, Lettre ADL du CREDOF, 13 janvier 2014.
17. Cour EDH, 17 / 12 / 2013, *PERINCEK c. Suisse*, § 52.
18. Voir M.E. VILLIGER, « Article 17 ECHR and freedom of speech in Strasbourg practice », in J. Casadevall, E. Myjer, O'Boyle et A. Austin, *Freedom of expression. Essays in Honour of Nicolas Bratza*, Wolf Legal Publishers, Oisterwijk, 2012, pp. 321-329.
19. Cour EDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, § 49, Cour EDH, 7 février 2012, *Von Hannover c. Allemagne* (n° 2), § 101, Cour EDH, 10 novembre 2015, *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France*, § 88.
20. Voir, entre autres, Commission européenne (déc.), 18 octobre 1995, *Honsik c. Autriche* (négation du génocide par les nazis), Commission européenne (déc.), 24 juin 1996, *Marais c. France*, publication niant l'existence des chambres à gaz.
21. Mouvement raëlien suisse c. Suisse, GC, § 4
8, Cour EDH, GC, *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, § 100.
22. Cour EDH, 14 septembre 2010, *Dink c. Turquie*, § 132 ; voir aussi, Cour EDH, 25 octobre 2011, *Altuğ Taner Akçam c. Turquie*.
23. Cour EDH, 20 mai 2010, *Cox c. Turquie*, § 34 et §§ 41-42.
24. Voir, entre autres, *Stankov et Organisation macédonienne unie Ilinden*, §§ 79, 85 et 97 (rassemblements) ; *Chauvy et autres*, §§ 68 et 71, et *Orban et autres*, § 45 (édition) ; *Lehideux et Isorni*, §§ 10-11 (presse) ; *Radio France et autres*, §§ 34-35 (émissions de radio), et *Monnat*, § 56 (émissions télévisées).
25. Voir l'opinion partiellement concordante et partiellement dissidente de la juge Nussberger.
26. Voir Uladzislau Belavusau, *Armenian Genocide v. Holocaust in Strasbourg : Trivilisation in Comparison*, VerfBlog, 13 janvier 2014.
27. Voir Cour EDH, GC, 7 février 2012, *Von Hannover c. Allemagne* (n° 2), §§ 104-107), Cour EDH, GC, 7 février 2012, *Axel Springer AG c. Allemagne*, §§ 85-88, et Cour EDH, GC, 15 mars 2012, *Aksu c. Turquie*, § 67.

RÉSUMÉS

*L'histoire et la mémoire ne sont pas l'apanage d'une corporation d'historiens. Les juges aussi peuvent se rendre au service de la mémoire dite « blessée » à la seule condition de ne pas renoncer à la rigueur nécessaire à la mise en balance d'intérêts partiellement opposés et partiellement opposables. Tel semble être le défi lancé par l'arrêt *Perinçek c. Suisse* du 15 octobre 2015 où la Grande Chambre, toute question mise à part liée au caractère génocidaire des faits survenus en 1915 sous l'Empire ottoman, examine le poids relatif à attribuer, au vu des circonstances particulières, à la liberté d'expression et aux « intérêts » de la communauté Arménienne ; ce qui l'amène à conclure, une fois de plus, que la condamnation pénale de M.*

Perinçek pour la négation successive de la qualification juridique de génocide des atrocités commises par l'Empire ottoman, n'a pas été nécessaire dans une société démocratique..

AUTEUR

CHRISTOS L. GIANNOPOULOS

Docteurant à l'université de Strasbourg et ATER en droit public